

VU Research Portal

De normering van 'lichte' opsporingshandelingen

Borgers, M.J.

published in

Delikt en Delinkwent
2015

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J. (2015). De normering van 'lichte' opsporingshandelingen. *Delikt en Delinkwent*, 2015(15), 143-155.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Normering van 'lichte' opsporingshandelingen²

DD 2015/15

1. Een flexibele normering

Het is vaste rechtspraak dat algemene taakstellende bepalingen als toereikende wettelijke grondslag kunnen dienen voor – wat men zou kunnen noemen – 'lichte' opsporingshandelingen (of opsporingsmethoden). Die bepalingen betreffen artikel 3 Politiewet 2012 en artikel 141/142 Sv.³ Op grond van deze artikelen is een opsporingsambtenaar bevoegd, zo oordeelt de Hoge Raad, om een niet specifiek in de wet geregelde wijze van opsporing in te zetten op een wijze die een beperkte inbreuk maakt op grondrechten van burgers en die niet zeer risicovol is voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing.⁴ Artikel 3 Politiewet 2012 en artikel 141/142 Sv bakenen dus niet heel nauwkeurig het speelveld voor de opsporingsambtenaar af. Eerst wanneer wordt vastgesteld dat een opsporingshandeling a) een meer dan beperkte inbreuk maakt op grondrechten dan wel b) zeer risicovol is voor de integriteit en beheersbaarheid, moet die opsporingshandeling achterwege blijven, althans geldt dat die opsporingshandeling alleen mag worden verricht indien daartoe een specifieke wettelijke bevoegdheid bestaat. Aldus wordt een tweetal gezichtspunten aangereikt aan de hand waarvan vooraf kan worden bepaald of op grond van de algemene taakstellende bepalingen een bepaalde opsporingshandeling mag worden verricht, dan wel achteraf kan worden nagegaan of het verrichten daarvan rechtmatig is geweest.⁵

Dat de catalogus van opsporingshandelingen die een opsporingsambtenaar – zonder specifieke wettelijke grondslag – mag verrichten, niet precies in de wet is bepaald, kan vanuit het oogpunt van een effectieve rechtshandhaving als groot voordeel worden beschouwd. Op deze manier wordt immers voorkomen dat iedere keer dat een nieuwe wijze van opsporen wordt ontwikkeld die niet reeds onder een bestaande wettelijke bevoegdheid kan worden gebracht, de wetgever in actie zou moeten komen alvorens die innovatie kan worden toegepast. Creativiteit in de wijze waarop de opsporingstaak wordt vervuld, wordt niet onnodig gehinderd. Met het hanteren van het hiervoor omschreven toetsingskader wordt tegelijkertijd voorkomen dat die creativiteit zo ver doorschiet dat fundamentele rechten en/of de integriteit van het overheidshandelen al te zeer onder druk komen te staan. Zo benaderd kan worden gesteld dat de rechtspraak omtrent opsporing op grond van artikel 3 Politiewet 2012 en artikel 141/142 Sv berust op de balans tussen enerzijds het belang van slagvaardige opsporing en anderzijds het belang van rechtsbescherming tegen overheidsoptreden. Deze rechtspraak lijkt op een breed draagvlak te mogen rekenen. Natuurlijk, er bestaat regelmatig discussie of een bepaalde opsporingshandeling toelaatbaar is op grond van de algemene taakstellende bepalingen. De stelling dat iedere wijze van opsporing nauwkeurig

1 Hoogleraar straf(proces)recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift.

2 Citeerwijze: M.J. Borgers, 'Normering van "lichte" opsporingsmethoden', DD 2015/15.

3 Zie daarover B.F. Keulen & G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 283-286 en G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers, Deventer: Kluwer 2014, p. 25-26. Vgl. voorts J.W. Fokkens & N. Kirkels-Vrijman, 'De artikelen 2 Politiewet 1993 en 141 en 142 Sv als basis voor opsporingsbevoegdheden', in: M.J. Borgers e.a. (red.), *Politie in beeld*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 105-124.

4 Zie bijvoorbeeld HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1562.

5 Een overzicht van de opsporingshandelingen die in de rechtspraak toelaatbaar worden geacht op grond van artikel 3 Politiewet 2012 en artikel 141/142 Sv, treft men aan bij J. Naeyé, *De organisatie van de Nationale Politie*, Deventer: Kluwer 2014, p. 140-150.

in de wet zou moeten zijn geregeld, wordt echter niet of nauwelijks betrokken.⁶ Op grond van de totstandkomingsgeschiedenis van de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden kan ook worden gesteld dat de wetgever het in de rechtspraak ontwikkelde toetsingskader min of meer heeft bevestigd.⁷

Dat de huidige wijze van het normeren van 'lichte' opsporingshandelingen weinig weerstand lijkt op te roepen, wil niet zeggen dat geen zwakke punten zouden kunnen worden ontwaard in het huidige jurisprudentiële kader. Juist in het feit dat de wet niet specifiek en volledig regelt welke opsporingshandelingen zijn toegelaten (en wanneer die zijn toegelaten), kan als nadeel worden gezien dat er soms onzekerheid zal heersen of bepaalde opsporingshandelingen mogen worden verricht. Dat heeft als gevolg dat bij toepassing van die handelingen telkens debatten omtrent de rechtmatigheid zullen ontstaan. Dit zal vooral gelden wanneer de toepassingswijze van een opsporingshandeling in intensiteit kan verschillen, waardoor die handeling in het ene geval wel en in het andere geval niet kan worden gegrond op de algemene taakstellende bepalingen. Een voorbeeld daarvan is de observatie van personen. Het is onomstreden dat lichte, beperkte observaties kunnen plaatsvinden op grond van artikel 3 Politiewet 2012 en artikel 141/142 Sv en dat zware, stelselmatige observaties alleen mogen plaatsvinden op grond van de specifieke regeling van artikel 126g Sv.⁸ Waar precies de grens ligt, laat zich echter moeilijk aanwijzen. De Hoge Raad verschaft weliswaar relevante factoren (de plaats waar de observatie is uitgevoerd, de duur, intensiteit en frequentie ervan, alsmede het eventuele gebruik van technische hulpmiddelen),⁹ maar het zal telkens in het concrete geval moeten worden bepaald aan welke zijde van de lijn men zich bevindt.

Tegenover de op zichzelf wenselijke flexibiliteit van de wijze waarop 'lichte' opsporingshandelingen zijn genormeerd, staat dus een zekere mate van onzekerheid. Dat maakt het soms lastig om tevoren in te schatten of een bepaalde wijze van opsporing is toegelaten op grond van de algemene taakstellende bepalingen, terwijl er nadien debat kan ontstaan over de rechtmatigheid. Dat levert – ook al gaat het voor de liefhebber om interessante juridische vraagstukken – in zekere zin lasten op. Discussies kosten tijd en daarmee capaciteit. Bovendien kunnen onzekerheidsmarges in tweeërlei opzicht negatief uitpakken voor het vertrouwen in het strafrechtelijke systeem. Onzekerheid zou een *chilling effect* kunnen hebben, in die zin dat vanwege twijfel omtrent de toelaatbaarheid bepaalde opsporingshandelingen achterwege worden gelaten, ook al is niet uitgesloten dat als de rechter daar later over zou oordelen, die handelingen toch rechtmatig zouden worden bevonden.¹⁰ Wanneer het zekere voor het onzekere wordt genomen, zal men daar nooit achter komen. Consequentie is dan wel dat het niveau van opsporing suboptimaal is en dat dus wordt ingeleverd op het vlak van de effectiviteit van de opsporing. Echter, wanneer er door de op-

6 Ik volsta met een verwijzing naar de uitvoerige beschouwing van G. Knigge & N.J.M. Kwakman, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 310-323.

7 Zij het dat in die totstandkomingsgeschiedenis de nadruk ligt op de (beperkte) inbreuk op grondrechten. Vgl. hierover, met nadere verwijzingen, onderdeel 10 van de noot onder HR 20 januari 2009, NJ 2009/225. Het gezichtspunt van de grote risico's voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing treft men vooral in recente rechtspraak aan.

8 Zie ook artikel 126o en 126zd Sv.

9 Zie bijvoorbeeld HR 13 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9338, NJ 2013/413, m.nt. M.J. Borgers. Aan de hand van de hier genoemde gezichtspunten moet dan worden nagegaan of de observatiemethode geschikt is om een min of meer compleet beeld van bepaalde aspecten van het persoonlijke leven van de betrokkene te verkrijgen.

10 Dat *chilling effect* blijft goeddeels achterwege als er een specifieke wettelijke bevoegdheid is waarop kan worden teruggegrepen (zoals bijvoorbeeld bij observaties het geval is). Het gaat hier vooral om opsporingshandelingen die niet onder een specifieke wettelijke grondslag kunnen worden gebracht.

sporingsautoriteiten juist voor wordt gekozen de grenzen op te zoeken en bewust het risico wordt ingecalculeerd dat een opsporingshandeling onrechtmatig zal worden bevonden, zal de burger het gevoel kunnen bekruipen dat de overheid een loopje neemt met de wet en dat dus wordt ingeboet op het gewenste niveau van rechtsbescherming. Strafzaken worden in dat geval ook belast met tijdrovende en soms complexe discussies over de rechtmatigheid van de opsporing.¹¹

Het vorenstaande behelst niet onmiddellijk een diskwalificatie van de wijze waarop thans in de rechtspraak 'lichte' opsporingshandelingen worden genormeerd. Wel moet worden geconstateerd dat dit normeringskader niet geheel zonder nadelen is. Dat geeft aanleiding om – mede tegen de achtergrond van de moderniseringsoperatie met betrekking tot het Wetboek van Strafvordering – stil te staan bij de vraag naar de wenselijkheid van aanpassingen van het huidige normeringskader. Het is die vraag waar ik in deze bijdrage bij wil stilstaan. Daaraan voorafgaand ga ik in op recente rechtspraak omtrent toelaatbaarheid van 'lichte' opsporingshandelingen op grond van de algemene taakstellende bepalingen, ten einde nader aan te geven – en daarmee meer tastbaar te maken – welke mate van rechtsonzekerheid is verbonden aan de huidige normering van dergelijke opsporingshandelingen.¹²

2. Toepassing van het normeringskader in recente rechtspraak

De afgelopen jaren heeft veel discussie plaatsgevonden omtrent de inzet van de zogeheten stille sms, ook wel aangeduid als *stealth sms*. Het gaat daarbij om het inzetten van een techniek waarmee een leeg tekstbericht wordt verstuurd naar een mobiele telefoon. De gebruiker van het telefoontoestel merkt niets van het binnenkomen van dat bericht. Er vindt echter wel contact plaats tussen het toestel en een telefoonmast. Dit levert een zogeheten verkeersgegeven op (een zogeheten *cell ID*) dat voor de opsporing interessant kan zijn. Uitgaande van de veronderstelling dat een mobiele telefoon zich meestal nabij de eigenaar/houder bevindt, kan door het uitpeilen van de telefoon zicht worden gekregen op de locatie waar die persoon zich bevindt. Over de vraag of voor het versturen door de politie van een stille sms een specifieke wettelijke grondslag is vereist dan wel de algemene taakstellende bevoegdheden volstaan als wettelijke basis,¹³ is in de feitenrechtspraak wisselend geoordeeld.¹⁴ Op 1 juli 2014 heeft de Hoge Raad zich over deze kwestie uitgesproken.¹⁵ In dit arrest laat de Hoge Raad het oordeel van het gerechtshof dat – in deze zaak – de inzet van de stille sms mocht plaatsvinden op grond van (wat nu is) artikel 3 Politiewet 2012 en artikel 141/142 Sv, in stand. De Hoge Raad overweegt hiertoe:

-
- 11 Al geldt wel dat dergelijke discussies soms (deels) uit de weg kunnen worden gegaan, als duidelijk is dat het gestelde vormverzuim niet tot het beoogde rechtsgevolg kan leiden. Vgl. rov. 3.7 in HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376, m.nt. Y. Buruma. Of dat ook een goede zaak is vanuit het perspectief van de bewaking van de integriteit van het handelen van de strafvorderlijke overheid, is een vraag die ik hier verder laat rusten.
- 12 Aan de hand van alleen een abstract beginsel als het legaliteitsbeginsel is het lastig om aan te geven hoe de normering van 'lichte' opsporingshandelingen moet worden vormgegeven. Vgl. M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, 'Afronding en verantwoording. Algemeen deel', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 34: 'Wat wel en niet in de wet moet, is voor een deel een uiterst praktische vraag, die in elke situatie opnieuw moet worden gesteld en beantwoord.'
- 13 Het versturen van een stille sms moet worden onderscheiden van het verkrijgen van het relevante verkeersgegeven. Voor dat laatste voorziet het *Wetboek van Strafvordering* in een specifieke regeling. Zie artikel 126m en artikel 126n Sv.
- 14 Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 14 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1357 tegenover Hof 's-Hertogenbosch 20 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2581.
- 15 HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1563. Zie ook HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1569.

“Het oordeel van het Hof dat in het onderhavige geval het toezenden van voormelde, voor de gebruiker van het toestel niet-waarneembare sms-berichten, een beperkte inbreuk heeft gemaakt op grondrechten van de verdachte en niet zeer risicovol is geweest voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Of dat oordeel begrijpelijk is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In het onderhavige geval is dat oordeel niet onbegrijpelijk, mede in aanmerking genomen dat het Hof heeft vastgesteld dat:

- gelet op de duur en frequentie van toezending, slechts een beperkt beeld van de bewegingen van de gebruiker van de telefoon werd verkregen;
- het opsporingsmiddel met toestemming van de Officier van Justitie is ingezet;
- ondanks gebreken in de verslaglegging uiteindelijk voldoende duidelijkheid over de inzet van de methode is verkregen; en
- reeds uitvoering werd gegeven aan op de voet van de art. 126g, 126m en 126n Sv door de Officier van Justitie gegeven bevelen en een machtiging van de Rechter-Commissaris als bedoeld in art. 126m, vijfde lid, Sv was verstrekt.”

Wanneer men deze overweging beschouwt vanuit de meer algemene vraag hoe de Hoge Raad vormgeeft aan het toetsingskader voor ‘lichte’ opsporingshandelingen, kan worden vastgesteld dat de Hoge Raad de vraag naar de toelaatbaarheid van de inzet van de stille sms sterk casuïstisch benadert. Op zich is het niet opmerkelijk dat die benadering wordt gekozen. Centraal staat de vraag in welke mate met de inzet van de stille sms een beeld van bepaalde aspecten van het persoonlijk leven is verkregen. Daarvoor zijn diverse factoren relevant, waaronder de duur, intensiteit en frequentie van de observatie en het gebruik van technische hulpmiddelen, zodat moet worden onderzocht in welke mate en in welke context de stille sms in het concrete geval is gebruikt. De inzet van de stille sms kan in de praktijk nogal variëren. Zo’n sms kan eenmalig worden verzonden, maar ook gedurende een langere periode tientallen keren per dag. In algemene zin laat zich lastig aangeven wanneer de inzet zodanig intensief is dat niet langer kan worden gesproken van een beperkte inbreuk op de privacy en dat dus artikel 3 Politiewet 2012 en artikel 141/142 Sv niet langer een toereikende grondslag bieden. De Hoge Raad heeft in dit arrest slechts moeten oordelen over de vraag of de inzet in deze zaak – waarin gedurende vijf dagen in totaal circa 90 stille sms-berichten zijn verstuurd – mocht plaatsvinden op grond van die taakstellende bepalingen. Dat oordeel heeft de Hoge Raad geveld niet alleen aan de hand van de frequentie en de duur van het gebruik van stille sms-berichten, maar ook in het licht van andere omstandigheden, waaronder de betrokkenheid van de officier van justitie en de gelijktijdige inzet van diverse – eveneens op de persoonlijke levenssfeer inbreuk makende – dwangmiddelen. Ook al wordt daar niet met zoveel woorden aan gerefereerd, helder is – getuige de vaststelling dat voldoende duidelijkheid over de inzet van de stille sms is verkregen – dat de Hoge Raad niet alleen aandacht heeft voor de mate van de inbreuk op de privacy van de betrokkene, maar ook voor de controleerbaarheid en de integriteit van het handelen van de opsporingsinstanties. Verder lijken – en dat is natuurlijk geenszins verrassend – op de achtergrond¹⁶ de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit een rol te spelen.¹⁷

16 De Hoge Raad refereert in de hier niet geciteerde rechtsoverweging 2.2 aan de vaststelling van het gerechtshof dat de inzet van de stille sms plaatsvond ‘met het oog op het zwaarwegende opsporingsbelang van het lokaliseren van een draaiend amfetamine-laboratorium’. Ook wordt erop gewezen dat de stille sms niet gelijktijdig met andere hulpmiddelen (ter bepaling van de locatie van de telefoon) is ingezet.

17 In sommige arresten overweegt de Hoge Raad dat een niet specifiek in de wet geregelde wijze van opsporing ‘geen disproportionele inbreuk’ mag maken op grondrechten van burgers. Daarmee integreert de Hoge Raad de proportionaliteitseis in het normeringskader voor ‘lichte’ opsporingshandelingen. Zie bijvoorbeeld HR 20 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BS1742, NJ 2012/160, m.nt. T.M. Schalken. Vgl. hierover onderdeel 41 van de conclusie van advocaat-generaal Bleichrodt voor HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1563 (ECLI:NL:PHR:2014:623).

De casuïstische wijze waarop de inzet van de stille sms in deze zaak wordt getoetst, brengt met zich dat op grond van dit arrest nauwelijks in algemene zin uitspraken kunnen worden gedaan over de toelaatbaarheid van het gebruik van de stille sms in de opsporing.¹⁸ Het ligt voor de hand om aan te nemen dat een minder intensieve inzet – bijvoorbeeld tien keer gedurende twee dagen – heel wel mag plaatsvinden op grond van artikel 3 Politiewet 2012 en artikel 141/142 Sv. Maar het is vooral lastig om aan te geven welke gewicht de overige door de Hoge Raad genoemde omstandigheden in de schaal leggen. Duidelijk is dat de Hoge Raad het relevant acht of de officier van justitie betrokken is geweest bij de beslissing om de stille sms in te zetten, maar betekent dat ook dat het min of meer verplicht is om de officier van justitie in te schakelen? Het ligt niet in de rede om dat aan te nemen. Immers, artikel 3 Politiewet 2012 en artikel 141/142 Sv zien op de taken en daarmee de bevoegdheden van opsporingsambtenaren. Wanneer wordt aangenomen dat – binnen zekere grenzen – de inzet van een stille sms is toegelaten op grond van die bepalingen, is daarmee dus een bevoegdheid van iedere opsporingsambtenaar vastgesteld. Daarbij past minder goed dat de eis wordt gesteld dat de officier van justitie toestemming verleent, want dan komt de bevoegdheid in essentie te liggen bij de officier van justitie in plaats van bij de opsporingsambtenaar die de stille sms wil verzenden. Toch betreft de Hoge Raad die omstandigheid wel in zijn overwegingen. Wil de Hoge Raad daarmee vooral tot uitdrukking brengen dat *in casu* een zorgvuldig besluitvormingsproces heeft plaatsgevonden? Of wordt impliciet aangegeven dat in situaties waarin betrekkelijk vaak een stille sms wordt verzonden, de beslissing daartoe niet door alleen een opsporingsambtenaar mag worden genomen omdat die inzet dicht aanschuurt tegen stelselmatige observatie (hetgeen alleen mag plaatsvinden op grond van een bevel van de officier van justitie¹⁹)?

Vergelijkbare vragen kunnen worden opgeworpen ten aanzien van de door de Hoge Raad genoemde omstandigheid dat reeds bevelen ter zake van diverse bijzondere opsporingsbevoegdheden waren gegeven en in dat verband ook een machtiging van de rechter-commissaris was verleend. Daarbij is van belang dat het gerechtshof heeft geoordeeld dat de inzet van de stille sms niet reeds werd gedekt door de toepassing van die bijzondere opsporingsbevoegdheden, terwijl ook niet is vastgesteld dat de rechter-commissaris op de hoogte was van die inzet. Hoe moet dan deze door de Hoge Raad genoemde omstandigheid worden begrepen? Licht daarin impliciet een voorwaarde besloten, ertoe strekkende dat de inzet van een stille sms alleen is toegelaten wanneer op enigerlei wijze door een hogere autoriteit is getoetst of in het kader van het lopende opsporingsonderzoek het maken van een inbreuk op de privacy op zich is toegelaten? Of laat die omstandigheid slechts zien dat de inzet van de stille sms geen onderdeel is geweest van een opsporingsonderzoek waarin de politie geheel zelfstandig opereerde? Of gaat het erom dat de additionele inbreuk op de privacy die het gevolg is van de verzending van de stille sms, betrekkelijk gering is wanneer ook reeds een telefoontap loopt en stelselmatige observaties plaatsvinden?²⁰

Ook het benoemen van de omstandigheid dat voldoende duidelijkheid over de inzet van de stille sms is verkregen, roept vragen op. Die omstandigheid zou, zoals reeds gezegd, in verband kunnen worden gebracht met de integriteit van de opsporing. Tegelijkertijd lijkt het hier 'slechts' te gaan om de naleving van de verbaliseringsplicht van artikel 152 Sv.

18 Daarbij moet nog worden bedacht dat het mede afhankelijk is van de inkleding en de uitvoerigheid van de overwegingen van het gerechtshof, aan welke omstandigheden de Hoge Raad kan refereren bij de beoordeling van het cassatiemiddel dat zich richt op (het oordeel van het gerechtshof ter zake van) de rechtmatigheid van de opsporingshandeling.

19 Vgl. artikel 126g Sv.

20 In deze laatste zin advocaat-generaal Bleichrodt in onderdeel 44 van zijn conclusie voor HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1563 (ECLI:NL:PHR:2014:623).

Wellicht onbedoeld wekt de Hoge Raad de suggestie dat het in acht nemen van die verbaliseringsplicht mede bepalend is voor het oordeel dat de inzet van de stille sms – in deze zaak – toelaatbaar is op grond van de algemene taakstellende bepalingen. Dat heeft iets merkwaardigs, omdat dan de rechtmatigheid van de opsporing afhankelijk wordt gesteld van de vereiste verslaglegging. Verslaglegging is echter veeleer van (groot) belang om de rechtmatigheid van de opsporing te kunnen controleren.²¹ In het Wetboek van Strafvordering is dan ook nergens de plicht tot verslaglegging onderdeel gemaakt van de toepassingsvoorwaarden van de daarin geregelde opsporingsbevoegdheden.²² Die plicht is juist afzonderlijk geregeld in artikel 152 Sv en is van kracht ongeacht wat de toepassingsvoorwaarden zijn voor de uitoefening van een bevoegdheid. Bezwaarlijk valt in te zien waarom dat in relatie tot artikel 3 Politiewet 2012 en artikel 141/142 Sv anders zou liggen.

Het beeld dat uit deze tamelijk uitvoerige bespreking van het arrest over de stille sms naar voren komt – een sterk casuïstische toetsing, waarbij het lastig is om algemene lijnen ter zake van de toelaatbaarheid van bepaalde opsporingshandelingen te schetsen – weerspiegelt zich in andere recente rechtspraak waarin artikel 3 Politiewet 2012 en artikel 141/142 Sv centraal staan. Zo wordt in een arrest over de toelaatbaarheid van de IMSI-catcher als middel ter bepaling van de locatie van een telefoontoestel gerefereerd aan 'de kennelijk korte duur van de inzet van het apparaat waarvoor toestemming is gegeven door de officier van justitie'.²³ Het toekennen van betekenis aan de door de officier van justitie verleende toestemming en aan een toereikende verantwoording van de opsporingshandeling ziet men in rechtspraak van de Hoge Raad over de inzet van een *stand-in* en – in een enigszins andere verpakking – over het door een bedrijf laten leveren van stoffen die kunnen dienen ter versnijding van drugs.²⁴ In de rechtspraak over de inzet van lokmiddelen lijkt eveneens betekenis te worden toegekend aan de toestemming van de officier van justitie, maar uit die rechtspraak kan tegelijkertijd worden afgeleid dat die toestemming niet zonder meer wordt vereist.²⁵ Wel kan worden gezegd – en vanuit het perspectief van artikel 6 EVRM alsmede het bewaken van de integriteit van de opsporing ligt dat alleszins voor de hand – dat de Hoge Raad bij de inzet van lokmiddelen als min of meer algemene norm aanlegt dat de verdachte door die inzet niet is gebracht tot andere handelingen dan die waarop zijn opzet reeds tevoren was gericht.²⁶

Vastgesteld kan dus worden dat in de rechtspraak van de Hoge Raad de toetsing van de toepassing van 'lichte' opsporingshandelingen niet geschiedt op basis van strakke regels, maar aan de hand van diverse factoren en in het licht van de concrete omstandigheden van het

21 Om die reden is het ook een gelukkige keuze dat de verbaliseringsplicht is gekoppeld aan het opsporingsbegrip van artikel 132a Sv. Vgl. T. Kooijmans, 'Een Tilburgse observatie van een Tilburgse observatie', *Ars Aequi* 2013, p. 229 en Corstens/Borgers 2014, p. 294.

22 Wel treft men aanvullende verslagleggingsverplichtingen aan wanneer toepassing wordt gegeven aan een bepaalde bevoegdheid. Zie bijvoorbeeld artikel 126n lid 4 Sv.

23 HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1562.

24 HR 20 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BS1742, *NJ* 2012/160, m.nt. T.M. Schalken en HR 20 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0070, *NJ* 2012/159.

25 In HR 6 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7084, *NJ* 2009/503 refereert de Hoge Raad aan de vaststelling van het gerechtshof dat een lokauto met toestemming van de officier van justitie is ingezet. Een dergelijke vaststelling ontbreekt in HR 28 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9817, *NJ* 2009/224, waarin de Hoge Raad – niettemin – de inzet van een lokfiets rechtmatig acht.

26 HR 28 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9817, *NJ* 2009/224 en HR 6 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7084, *NJ* 2009/503. Vgl. ook HR 20 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BS1742, *NJ* 2012/160, m.nt. T.M. Schalken.

geval.²⁷ Centraal staat de vraag of met de opsporingshandeling een inbreuk is gemaakt op grondrechten, en zo dat het geval is: of die inbreuk niet meer dan een beperkte inbreuk is. Daarnaast moet worden beoordeeld of door toepassing van de opsporingshandeling geen grote risico's zijn ontstaan voor de integriteit en de beheersbaarheid van de opsporing. Bovendien vindt – veelal impliciet – toetsing plaats aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit en wordt, waar relevant, ook het instigatieverbod betrokken. Binnen dit algemene toetsingskader laten min of meer algemene normen zich lastig formuleren. De in de rechtspraak gebezigde overwegend casuïstische benadering sluit op zichzelf goed aan bij het in paragraaf 1 geschetste uitgangspunt dat ten grondslag ligt aan het aanvaarden van de algemene taakstellende bepalingen als toereikende wettelijke grondslag voor 'lichte' opsporingshandelingen. Het feit dat geen *hard and fast rules* worden geformuleerd, past bij de beoogde flexibiliteit van de normering van die opsporingshandelingen, terwijl het hantieren van gezichtspunten, factoren en beginselen in de toetsing de rechter in staat stelt een grens te trekken wanneer fundamentele rechten en/of de integriteit van het overheidshandelen onder druk komen te staan. Opvallend is niettemin dat rechters veelal niet lijken te willen volstaan met het 'kale' of summier gemotiveerde oordeel dat een opsporingshandeling is toegelaten op grond van artikel 3 Politiewet 2012 en artikel 141/142 Sv.²⁸ Door te benadrukken in het licht van welke omstandigheden die grondslag toereikend wordt geacht, ontstaat het beeld dat de inzet van bepaalde opsporingshandelingen, zoals de inzet van de stille sms, alleen aanvaardbaar wordt geacht als aan zekere randvoorwaarden wordt voldaan. Weliswaar wordt dan geen specifieke wettelijke bevoegdheid noodzakelijk geacht, helemaal de vrije hand lijkt men ook niet te willen geven aan de opsporingsambtenaar. Dat is wellicht ook niet zo vreemd wanneer men bedenkt dat de lat voor het vereisen van een specifieke grondslag in de wet in formele zin tamelijk hoog ligt (een wezenlijke inbreuk op grondrechten of een zeer aanmerkelijk risico voor de beheersbaarheid en integriteit van de opsporing). Daardoor is de ruimte om opsporingshandelingen te verrichten op grond van algemene taakstellende bepalingen tamelijk groot.

Het eindresultaat is daarmee dat de rechtspraak weliswaar bijdraagt aan de afbakening van het speelveld van 'lichte' opsporingshandelingen, maar dat die afbakening niet erg concreet geschiedt. Dat wrekt zich niet zozeer op het niveau van de rechtsbescherming van de verdachte, in die zin dat er op zich alle ruimte is om de rechtmatigheid van de opsporingshandelingen aan de orde te stellen. Wel is het oordeel van de rechter omtrent de toelaatbaarheid van nieuwe opsporingshandelingen of van een nieuwe toepassingswijze – in de zin van: afwijkend van een toepassingswijze die reeds ter beoordeling door de rechter heeft voorgelegen – van bestaande opsporingshandelingen, niet eenvoudig voorspelbaar. Dat tast de rechtszekerheid aan. Dat kan vooral worden opgevat als nadeel voor politie en justitie. Maar ook burgers hebben er belang bij dat – weliswaar niet op de millimeter,

27 Ik wijs in dit verband ook op HR 7 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:41, NJ 2014/188, m.nt. T.M. Schalken, waarin de Hoge Raad zonder veel omhaal van woorden het oordeel van het gerechtshof dat – in de omstandigheden van deze zaak – het tonen van camerabeelden van de verdachte op internet kan worden gebaseerd op de algemene taakstellende bepalingen, in stand laat. In zijn conclusie – ECLI:NL:PHR:2013:2103 – noemt advocaat-generaal Vegter een uitvoerige reeks aan omstandigheden en gezichtspunten die het oordeel van het gerechtshof (kunnen) schragen, waaronder de standaardvoorwaarden van de KNVB waarmee toestemming wordt verleend voor de opname en ook afstand wordt gedaan van het portretrecht, de aard van de afbeelding, de aard van het strafbare feit, de geschoktheid van de rechtsorde, de eisen van proportionaliteit, de geboden snelheid van het optreden van de politie, de wijze waarop afbeelding is gemaakt en de kanalen waarmee de afbeelding naar buiten is gebracht. Voorts refereert advocaat-generaal Vegter aan de Aanwijzing opsporingsberichtgeving en de regeling van artikel 19 Wet politiegegevens.

28 Al wordt de omvang van de motivering uiteraard mede bepaald door de responsieplicht die bestaat wanneer de rechtmatigheid van de opsporingshandeling wordt betwist.

maar toch op een wijze die voldoende houvast biedt – inzichtelijk is welke handelingen de overheid jegens hen mag ondernemen,²⁹ waarbij zo veel mogelijk moet worden vermeden dat dit inzicht eerst na het handelen en na een uitvoerig debat tegenover de rechter wordt verkregen.

3. Zijn bijstellingen of aanpassingen gewenst?

De vraag die bij deze stand van zaken voorligt, is of het mogelijk en wenselijk is de wijze waarop de inzet van 'lichte' opsporingshandelingen wordt genormeerd, bij te stellen of aan te passen. Uit de vorenstaande beschouwing volgt dat er naar mijn mening winst valt te behalen op het vlak van de rechtszekerheid. Een minder casuïstische en meer algemeen normstellende benadering in de rechtspraak lijkt *prima facie* aantrekkelijk. Dat zou kunnen worden bereikt wanneer de rechter duidelijker en stelliger aangeeft onder welke omstandigheden het toepassen van een opsporingshandeling op grond van artikel 3 Politiewet 2012 en artikel 141/142 Sv toelaatbaar wordt geacht. Bijvoorbeeld: in plaats van het verkregen zijn van toestemming van de officier van justitie als relevante omstandigheid te noemen, zou kunnen worden aangegeven of een bepaalde vorm van betrokkenheid van de officier van justitie bij de toepassing van een opsporingshandeling als noodzakelijke voorwaarde voor rechtmatig handelen wordt beschouwd.³⁰ Door de grenzen strakker en nauwkeuriger te trekken, zou de rechter bijdragen aan de voorspelbaarheid van het recht. Hierdoor zou ook duidelijker worden waar de grenzen liggen van hetgeen wel en niet op grond van de algemene taakstellende bepalingen is toegelaten, hetgeen weer helderheid verschaft of het aangewezen is om een bepaalde, wenselijk geachte opsporingshandeling te regelen door middel van specifieke wettelijke bevoegdheden. Thans geldt immers – de reeks van uitspraken omtrent de stille sms illustreert zulks – dat eerst na uitvoerig procederen zicht ontstaat op de toelaatbaarheid van bepaalde opsporingshandelingen, waarbij dat zicht dan veelal nog beperkt van aard is.

Hier kan tegenin worden gebracht dat het niet primair de verantwoordelijkheid is van de rechter om het speelveld van de opsporing nauwkeurig af te bakenen. In het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel ligt de opdracht besloten aan de wetgever om de grenzen te bepalen. Hoewel dat niet betekent dat elke vorm van opsporing tot op drie cijfers achter de komma in de wet moet zijn geregeld, ligt het wel eerst en vooral op de weg van de wetgever om onzekerheid over de toepassingsvoorwaarden voor de inzet van opsporingshandelingen te voorkomen. Bovendien is de rechter minder goed dan de wetgever geëquipeerd om in algemene zin voorwaarden te formuleren waaronder opsporingshandelingen zijn toegelaten.³¹ De rechter heeft minder goed zicht op de mate waarin en de wijze waarop bepaalde opsporingsmethoden in strijd kunnen komen met grondrechten en op de effecten van een bepaalde wijze van normeren op de slagvaardigheid en de integriteit van de opsporing. Daar komt bij dat een bepaalde opsporingspraktijk al geruime tijd gaande kan zijn voordat een (definitief) rechterlijk oordeel wordt verkregen, zeker als men ervan uitgaat dat kwesties omtrent toelaatbaarheid van opsporingshandelingen al snel aanleiding zullen geven tot het instellen van rechtsmiddelen. Daardoor bestaat de gerede kans dat een rechterlijke nor-

29 Aldus wordt ook eigenmachtig en willekeurig overheidsoptreden voorkomen. Vgl. Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 12, 29-30.

30 Om de redenen die in paragraaf 2 zijn aangegeven, acht ik de constructie van toestemming door de officier van justitie niet goed passend. Gedacht zou wellicht kunnen worden aan de eis dat de opsporingsambtenaren niet buiten medeweten van de officier van justitie bepaalde handelingen mogen verrichten. Dan is gewaarborgd dat de officier van justitie effectief gezag over de opsporing kan uitoefenen (artikel 148 Sv).

31 Vgl. ook Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 15-16.

mering als mosterd na de maaltijd komt, althans alleen geldt als mosterd die kan worden genuttigd bij toekomstige diners. Voor de goede orde: hiermee is niet gezegd dat de rechter nimmer paal en perk zou moeten stellen aan bepaalde opsporingspraktijken. Wanneer een opsporingshandeling een meer dan beperkte inbreuk maakt op grondrechten of zeer risicovol is voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing, moet de rechter daar – wanneer een specifieke wettelijke grondslag ontbreekt – zonder meer een streep doorheen halen. Het gaat erom dat de rechter, gelet op de aard van zijn werkzaamheden, slechts in bescheiden mate kan bijdragen aan een concrete afbakening van de situaties waarin en de voorwaarden waaronder 'lichte' opsporingshandelingen kunnen worden toegelaten op grond van de algemene taakstellende bepalingen.

Zou op een andere wijze een evenwicht kunnen worden bereikt tussen enerzijds de gewenste flexibiliteit van de normering van die opsporingshandelingen en anderzijds de eisen van rechtszekerheid? Het komt mij voor dat hiervoor moet worden gekeken naar een normeringswijze die ligt tussen enerzijds rechtspraak en anderzijds een specifieke regeling in het Wetboek van Strafvordering. Men komt dan uit op de algemene maatregel van bestuur. In 2005 heeft Keulen reeds een lans gebroken voor een intensiever gebruik van de algemene maatregel van bestuur als instrument om strafvorderlijk optreden te normeren.³² De kracht van de algemene maatregel van bestuur schuilt erin dat deze betrekkelijk snel en eenvoudig tot stand kan worden gebracht, terwijl democratische controle op de totstandkoming – zij het niet in dezelfde intensieve mate als bij wetgeving in formele zin – plaatsvindt (of in ieder geval kan plaatsvinden).³³ Met een algemene maatregel van bestuur worden – en dat is een belangrijk verschil met jurisprudentiële normering – algemeen geldende regels gesteld. Anders dan in een aanwijzing van het openbaar ministerie worden de toepassingsvoorwaarden ook niet bepaald door het orgaan dat direct verantwoordelijk is voor de opsporing. Het tot stand brengen van de algemene maatregel van bestuur kan plaatsvinden met consultatie van alle relevante adviesorganen.

Er valt mijns inziens veel voor te zeggen om voor de normering van 'lichte' opsporingshandelingen gebruik te maken van het instrument van de algemene maatregel van bestuur. Voor alle duidelijkheid: dit voorstel strekt er niet toe om bevoegdheden die thans voorwerp zijn van een specifieke regeling in het Wetboek van Strafvordering, over te hevelen naar een algemene maatregel van bestuur. Mijn voorstel strekt ertoe om de mogelijkheid te bieden met betrekking tot bevoegdheden die worden beschouwd als 'lichte' en gelet op grond van artikel 3 Politiewet 2012 en artikel 141/142 Sv op zich als voldoende in de wet verankerde bevoegdheden, (nadere) voorschriften te stellen die worden opgenomen in een algemene maatregel van bestuur. Aldus wordt een – beter – alternatief geboden voor de impliciete, casuïstische normering van 'lichte' opsporingshandelingen door middel van rechtspraak. Mijn gedachte is daarbij niet dat iedere 'lichte' opsporingshandeling zou moeten worden geregeld in een algemene maatregel van bestuur. Zo'n eis zou zich slecht verhouden met de gewenste flexibiliteit van de normering van die opsporingshandelingen. Het gaat om de *mogelijkheid* om, zeker wanneer bepaalde opsporingshandelingen frequent worden ingezet, nadere regels te stellen om het speelveld te bepalen en overigens ook om dat speelveld te begrenzen. Het gaat dan om een meer of minder gedetailleerde invulling van het speelveld dat de algemene taakstellende bepalingen laten. In de rechtspraak zoals deze in paragraaf 2 is besproken, klinkt ook door – althans zo lees ik die rechtspraak – dat een zekere behoefte aan een dergelijke invulling bestaat. Zo zou het denkbaar zijn om de

32 B.F. Keulen, 'Per amvb naar een nieuwe strafvordering?', in: A. Harteveld e.a. (red.), *Systeem in ontwikkeling*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 313-330. Vgl. voorts Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 37 over de onontbeerlijkheid van aanvullende normering, onder andere door middel van algemene maatregelen van bestuur.

33 De democratische controle kan worden versterkt door middel van een zogeheten voorhangprocedure.

inzet van de stille sms te regelen in een algemene maatregel van bestuur. Daarin zou kunnen worden neergelegd in welke situatie en onder welke voorwaarden een stille sms mag worden verzonden. Tevens zou in (de toelichting op) zo'n algemene maatregel van bestuur kunnen worden verhelderd in welke gevallen de inzet van een stille sms een zodanige zware inbreuk op de persoonlijke levenssfeer oplevert dat toepassing moet worden gegeven aan de specifieke wettelijke regeling van de stelselmatige observatie. Met een dergelijke benadering zou dus de algemene maatregel van bestuur vooral handen en voeten geven aan de bevoegdheid die op zichzelf kan worden gegrond op artikel 3 Politiewet 2012 en artikel 141/142 Sv om de stille sms voor (niet-sequentiële) locatiebepaling te hanteren.³⁴

Het voorstel dat ik hier doe om gebruik te maken van het instrument van de algemene maatregel van bestuur voor de normering van 'lichte' opsporingshandelingen, wil geen afbreuk doen aan het uitgangspunt dat opsporingshandelingen die een meer dan beperkte inbreuk maken op grondrechten dan wel zeer risicovol zijn voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing, in een wet in formele zin worden en ook moeten worden geregeld.³⁵ Vanwege het ingrijpende karakter van de bevoegdheid tot het stellen van deze (niet-'lichte') opsporingshandelingen dient de aanvaarding van zo'n bevoegdheid met meer waarborgen omgeven te zijn en moet dit daarom geschieden door middel van een volledig opgetuigde wetgevingsprocedure. De verdachte blijft ook de mogelijkheid houden om het verweer te voeren dat een bepaalde opsporingshandeling een toereikende wettelijke grondslag ontbeert. Voor ogen moet worden gehouden dat de algemene maatregel van bestuur geen panacee is. Ook wanneer 'lichte' opsporingshandelingen worden voorzien van een nadere normering, kunnen discussies blijven bestaan over de toelaatbaarheid van die handelingen. Niet gezegd is dat de rechter telkens zal instemmen met de afbakening van het speelveld van een opsporingshandeling die in een algemene maatregel van bestuur is gekozen. De rechter kan tot het oordeel komen dat toch een specifieke grondslag in de wet in formele zin is geboden. Een regeling in een algemene maatregel van bestuur zal ook noodzakelijkerwijs een algemeen karakter hebben, zodat de daarin opgenomen eisen niet altijd zijn toegespitst op de – nimmer volledig voorspelbare – werkelijkheid van de opsporing. Rechterlijke *fine tuning* blijft mogelijk en is ook nodig.³⁶ Echter, voor de beoordeling van een verweer van de strekking dat een bepaalde opsporingshandeling een toereikende wettelijke grondslag ontbeert, geldt dat acht mag worden geslagen op zowel de precisie waarmee, als de vorm waarin een opsporingshandeling is geregeld. De combinatie van de algemene taakstellende bepalingen met een algemene maatregel van bestuur vormt een sterkere grondslag dan alleen die algemene taakstellende bepalingen, maar een minder sterke grondslag dan een specifieke regeling in de wet in formele zin. Aldus geldt ook dat de vraag of een toereikende wettelijke grondslag bestaat, minder een zwart/wit-kwestie wordt – is een specifieke wettelijke grondslag noodzakelijk of volstaan de algemene taak-

34 Een ander voorbeeld betreft de flockvezelmethode. Het gaat daarbij om het aanbrengen van microvezels door middel van een spray, hetgeen als hulpmiddel kan worden gebruikt om na te gaan of bepaalde personen zich op een bepaalde plek hebben begeven. Voor het aanbrengen van dergelijke vezels lijken artikel 3 Politiewet 2012 en artikel 141/142 Sv een toereikende grondslag te verschaffen. Dat ligt anders wanneer bepaalde plaatsen moeten worden betreden om de flockvezelspray aan te brengen. Vgl. daarover de conclusie van advocaat-generaal Aben voor HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:462 (ECLI:NL:PHR:2013:229). In een algemene maatregel van bestuur zou het gebruik van de flockvezelspray kunnen worden geregeld, waarbij dan ook grenzen kunnen worden getrokken ter zake van het betreden van plaatsen.

35 Hetgeen overigens onverlet laat dat voor de nadere invulling van die formeel-wettelijke regeling wel weer gebruik zou kunnen worden gemaakt van een algemene maatregel van bestuur. Vgl. bijvoorbeeld artikel 126m lid 9 Sv.

36 Een algemene maatregel van bestuur kan wel betrekkelijk snel worden aangepast aan veranderingen in de opsporingspraktijk of nieuwe rechterlijke oordelen.

stellende bepalingen? – maar met meer nuance kan worden beantwoord, omdat binnen het speelveld van 'lichte' opsporingshandelingen meer differentiatie in de wijze van normering mogelijk wordt.³⁷ Dat komt ook tegemoet aan de behoefte die thans in de rechtspraak lijkt te bestaan, om 'lichte' opsporingshandelingen van een duidelijker kader te voorzien, ook al is een specifieke regeling in de wet in formele zin niet strikt noodzakelijk.

4. Modernisering van het Wetboek van Strafvordering

In één van de discussiestukken die in juni 2014 zijn gepubliceerd in verband met de op handen zijnde modernisering van het Wetboek van Strafvordering wordt de vraag opgeworpen of het wenselijk zou zijn te voorzien in de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur regels te stellen omtrent de toelaatbaarheid van opsporingshandelingen.³⁸ Het perspectief dat in deze discussienota wordt gekozen is echter een ander dan dat van het voorstel dat in deze bijdrage wordt gedaan. De discussienota bevat de volgende tekst:

“Denkbaar is dat (...) de normering van een opsporingsbevoegdheid niet geheel op het niveau van de formele wet wordt geregeld. Wanneer een nieuwe opsporingsactiviteit ontstaat die een specifieke wettelijke grondslag noodzakelijk maakt, moet de wetgever in actie komen. Mede in verband met de stormachtige ontwikkelingen van informatie- en communicatietechnologie rijst de vraag of in het wetboek een bepaling moet worden opgenomen die het mogelijk maakt om een tijdelijke regeling bij amvb te treffen voor een bepaalde opsporingsactiviteit die inbreuk maakt op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Het zou neerkomen op een bepaling van de strekking dat bij amvb opsporingsambtenaren bevoegd kunnen worden verklaard om, onder in die amvb bepaalde voorwaarden, en in de daarbij bepaalde gevallen opsporingshandelingen te verrichten die een inbreuk maken op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. In deze wettelijke bepaling zou voorts kunnen worden opgenomen dat binnen een bepaalde periode na totstandkoming van de amvb in regeling (van de hoofdelementen van de nieuwe bevoegdheid) bij wet moet zijn voorzien. Ook kan in die bepaling een voorhangprocedure worden voorgeschreven, zodat betrokkenheid van de Staten-Generaal is gegarandeerd. Ook de Grondwet laat een dergelijke aanpak bij (in ieder geval minder zware) inbreuken op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer ook toe, nu op dat recht zowel bij als krachtens de wet beperkingen kunnen worden aangebracht.

Een dergelijke bepaling zou met het oog op twee te onderscheiden doelen kunnen worden overwogen. In de eerste plaats zou op deze manier kunnen worden ingespeeld op de situatie waarin de (Europese) rechter zou oordelen dat het uitvoeren van een bepaalde opsporingsactiviteit zonder nadere normering in regelgeving zou strijden met het in artikel 8 EVRM opgenomen recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Door in reactie daarop tijdelijk een regeling bij amvb te kunnen treffen, zou voortzetting van deze opsporingsactiviteit op een kortere termijn kunnen worden gerealiseerd dan het geval zou zijn met een wet.

In de tweede plaats zou een dergelijke bepaling kunnen worden overwogen wanneer wettelijke regeling van een bepaalde opsporingsactiviteit op zichzelf wenselijk is, maar men in de praktijk eerst ervaring met deze activiteit en de daarvoor beoogde normering wil opdoen, alvorens deze

37 Dat sluit ook aan bij de wijze waarop in de Straatsburgse rechtspraak invulling wordt gegeven aan het vereiste van 'prescribed by law'. Uit die rechtspraak vloeien 'genuanceerde en realistische kwaliteitseisen' voort. Zie daarover Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 17-19.

38 Zie de notitie 'Algemene bepalingen en uitgangspunten van het voorbereidende onderzoek (Boek 2)', zoals gepubliceerd op www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/wetgeving-en-rechtsgebieden/documenten-en-publicaties/publicaties/2014/06/06/herziening-van-het-wetboek-van-strafvordering.html.

in een wettelijke bepaling te consolideren. Een evaluatie van de regeling bij amvb kan daarbij de informatie leveren die nodig is voor het opstellen van de wettelijke regeling.”

In het discussiestuk worden vervolgens enkele voor- en nadelen van het voorstel gedaan. Ik zal deze niet *in extenso* bespreken. Op deze plaats is van belang om te constateren dat het voorstel dat in de discussienota wordt gedaan, niet ziet op ‘lichte’ opsporingshandelingen, maar veeleer op opsporingshandelingen die een meer dan beperkte inbreuk op het grondrecht van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer maken. De algemene maatregel van bestuur zou dan vooral gelden als noodverband voor de situatie waarin blijkt dat een bepaalde opsporingshandeling wordt toegepast zonder dat de vereiste specifieke wettelijke grondslag voorhanden is, en als experimenteerbepaling teneinde te bezien hoe een bepaalde regeling het beste vorm kan krijgen. Hoewel ik niet wil betogen dat er juridisch geen ruimte zou bestaan om dit voorstel uit de discussienota te realiseren,³⁹ zou ik willen vasthouden aan het uitgangspunt dat opsporingshandelingen die een meer dan beperkte inbreuk maken op de grondrechten of die zeer risicovol zijn voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing, worden geregeld in een wet in formele zin. Weliswaar wordt terecht opgemerkt dat de Grondwet toelaat dat beperkingen op het recht op privacy worden aangebracht *krachtens* de wet, maar dat laat onverlet dat naar mate een inbreuk zwaarder is er ook meer waarborgen in acht moeten worden genomen.⁴⁰ Voor het inzetten van het instrument van de algemene maatregel van bestuur zie ik veeleer ruimte wanneer het gaat om een (relatief) lichte inbreuk op een grondrecht dan wanneer het gaat om een meer dan beperkte inbreuk daarop. Op die gedachte is ook het voorstel toegesneden dat in paragraaf 3 is toegelicht.

5. Afronding

Het voorstel om de mogelijkheid te bieden de algemene maatregel van bestuur te hanteren bij de normering van ‘lichte’ opsporingshandelingen, zou kunnen worden gerealiseerd door in de wet – in de nabijheid van artikel 3 Politiewet 2012 en artikel 141/142 Sv – te bepalen dat bij algemene maatregel van bestuur regels kunnen worden gesteld omtrent de invulling van de opsporingstaak. Aldus zou de mogelijkheid ontstaan om het ruime, maar in de kern wettelijk nauwelijks geregleerde speelveld om ‘lichte’ opsporingshandelingen te verrichten, te normeren op een wijze die recht doet aan de aard van die opsporingshandelingen. Omdat het gaat om ‘lichte’ opsporingshandelingen is een regeling van formeel-wettelijke aard niet nodig.⁴¹ Tegelijkertijd voldoet de inzet van de algemene maatregel van bestuur aan de eisen van rechtszekerheid en democratische controle. Daarbij berust de wenselijkheid van de mogelijkheid om met een algemene maatregel van bestuur te werken op de gedachte dat ook indien een formeel-wettelijke regeling niet strikt noodzakelijk is, het wel wenselijk kan zijn om te concretiseren onder welke omstandigheden en op welke wijze de toepassing van een bepaalde ‘lichte’ opsporingshandeling mag en moet plaatsvinden. Men kan dat zien als een concretisering van abstracte eisen zoals die uit de beginselen van pro-

39 Overigens keert het voorstel uit de discussienota niet terug in de concept-contourennota zoals deze op 4 februari 2015 is gepubliceerd. Zie www.rijksoverheid.nl/ministeries/venj/nieuws/2015/02/03/contourennota-wetboek-van-strafovordering-in-consultatie.html.

40 Zie in meer algemene zin ook J.T.C. Leliveld, ‘Artikel 1 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering’, *NJB* 2014, p. 1929–1930. Vgl. voorts Corstens/Borgers 2014, p. 20, 22.

41 Hetgeen onverlet laat dat de wetgever zich er niet van moet laten weerhouden om dergelijke opsporingshandelingen wel in een wet in formele zin te regelen, als dat om welke reden dan ook wenselijk wordt bevonden. De ervaring leert evenwel dat zo iets niet snel geschiedt.

portionaliteit en subsidiariteit voortkomen. Ook al vloeit uit de rechtspraak van de Hoge Raad wel een zekere begrenzing en daarmee normering van 'lichte' opsporingshandelingen voort, de mogelijkheden om die normering in de rechtspraak te realiseren zijn vanuit het oogpunt van rechtszekerheid minder goed dan de mogelijkheden die de inzet van de algemene maatregel van bestuur biedt. Het verdient naar mijn mening daarom ook overweging om – zij het vanuit een andere invalshoek dan in de besproken discussienota is gekozen – de rol van de algemene maatregel van bestuur bij de normering van opsporingshandelingen te versterken in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering.